

União estável sob os ângulos da informalidade e da prova¹

Stable union under the angles of informality and proof

Delmiro Porto²

¹ Atualizado com a nova posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que reconhece as uniões homoafetivas como passíveis de configurar união estável, com a qualidade mesma de entidade familiar, além do Provimento n. 63/2011, da Corregedoria Geral de Justiça em Mato Grosso do Sul, que permite reconhecimento e rompimento de união estável em cartório.

² Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Mestrando em Desenvolvimento Local, Adjunto-Jurídico da Base Aérea de Campo Grande, MS e Professor da Universidade Católica Dom Bosco.

RESUMO ABSTRACT

Águas calmas, entretanto há pelo menos dois aspectos que têm chamado a atenção na prática do instituto da união estável, que são a exigência sofrida pelos companheiros ou conviventes acerca da prova de seu estado civil familiar e a forma como essa exigência tem sido atendida. O servidor público alega que está em união estável e a Administração para logo lhe exige a prova. Esse administrado, se já não tem um registro, corre ao cartório do Registro Civil e faz uma declaração de sua união, com o que satisfaz a exigência. Não só. Em inúmeras situações da vida, para gozar do *status* de companheiro, basta apresentar o escrito registrado: perante a previdência, seguradora, em testamento, e até para a visita íntima nos presídios. Essa exigência, da prova, é legítima? Esse registro que se apresenta, por sua vez, é legítimo, enquanto prova? Afinal, qual sua força probante frente à união estável? O breve ensaio busca uma reflexão com base nessas questões.

Still waters; however, there are at least two aspects that have called attention to the practice of establishment of a stable union. Those are the requirement toward the companions or convivalists related to their civil state and to the form that this demand has been responded. The public servant states he is in a stable union and the State promptly requires proof. This servant, if not holding a registration, runs to the Civil Registry and makes a declaration of his union, with which he meets the demand. But not that alone. In countless life situations, in order to share the companion's status, suffice it to show written registration: before the welfare and insurer, in testament, and even for a conjugal visit at a prison. Is this proof demand legitimate? Is this presented registration, in turn, rightful as proof? After all, what is its proving power in face of a stable union? This brief article seeks a reflection based on these questions..

PALAVRAS-CHAVE KEY WORDS

união estável
declaração de união
força probante

*stable union
union declaration
proving power*

1 IDEIAS INICIAIS

Em que pese ser a união estável um instituto recém-nascido, percebe-se que não tem havido maiores dificuldades em operá-lo, seja no enquadramento de seus pressupostos, seja na identificação de seus múltiplos e ricos efeitos. Isso não significa, porém, que tem recebido o tratamento que a ordem jurídica reclama.

O próprio legislador procurou ser didático, declinando, de forma categórica, seus pressupostos de existência, como se vê no Art. 1.723 do Código Civil: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Ou seja: diferença de sexo, estabilidade, publicidade e *intuitu familiae*. Sobre a heterossexualidade, ainda exigida à luz da lei, será comentado, ao final, o novo posicionamento jurisprudencial, a partir do Supremo Tribunal Federal.

Diferença de sexo e *intuitu familiae* pressupõem naturalmente a afetividade, o que diferencia a união estável de outros relacionamentos que não têm no amor o valor fundante, mas noutros sentimentos: amizade ou simples conveniência (por exemplo: república de estudantes), religião (por exemplo: missão), mútua cooperação (por exemplo: idosos que se amparam), conveniência e parentesco (por exemplo: idosos que se amparam, viúvas).

Esses requisitos serão trabalhados pontualmente, com foco na questão da prova da união estável em face de sua informalidade. Far-se-á um confronto entre a norma e a prática cotidiana sobre a qual se tem feito incidir essa norma, ainda que essa incidência pareça, salvo melhor juízo, ter ocorrido ao arrepio do próprio direito, como uma roupa que não serve, mas se veste assim mesmo.

A liberdade que o aspecto informal do instituto confere, acaba por gerar situações que escapam à teleologia da norma, com flagrante prejuízo à segurança jurídica, considerando, mormente, que o instituto é importante fonte de família.

2 ORIGEM E FORMAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A união informal é tão antiga quanto a humanidade e o amor. Vale dizer, sempre foi possível, em todos os tempos e em todos os lugares, encontrar homem e mulher convivendo afetivamente, sem qualquer formalidade e com o sentimento de família.

Portanto, certo é que novo é somente o aspecto jurídico desse mesmo fenômeno. No mundo fenomênico fático, é antigo, mas juridicamente, ou seja, o fenômeno fático valorado e normatizado (REALE, 2002), isto, sim, é uma novidade no direito civil brasileiro. É desse aspecto fenomenal que se cuida neste estudo.

O Estado brasileiro, seguindo o exemplo dos demais, especialmente França, Portugal, Alemanha e Espanha, recepcionistas do direito romano (VENOSA, 2005), privilegiou o casamento em detrimento das demais relações, não sem razão, como se perceberá neste trabalho.

Assim, o Estado oficializou uma família matrimonializada, e mais, patriarcalista, que é o núcleo familiar inteiramente organizado com base na figura paterna ou marital. É o ideal de família estabelecido, por exemplo, no Estado romano, ideal que chegou aos dias presentes, na maioria dos povos; no caso do Brasil, uma herança da colonização portuguesa (VENOSA, 2009).

Fora do casamento, as demais relações conjugais podiam ser classificadas em concubinatos puros e impuros (LISBOA, 2009), ambos repudiados pela moral e pela religião, tanto quanto pelo direito, mas repugnância maior causavam os impuros, que eram aquelas uniões livres, assim estabelecidas não por uma conveniência pessoal, um modo próprio de ver a vida, mas por estarem impedidos de se enlaçar em núpcias: ao menos um já era casado, ou havia uma relação parental impeditiva ou, ainda, um deles havia cometido homicídio para se estabelecer com a viúva ou viúvo.

Esses concubinos todos, mas em maior grau os impuros, eram um nojo para o Estado que, embora leigo desde a Constituição Federal de 1891, tinha em sua sociedade uma cultura que se costuma chamar de conservadora. Esses conviventes, ao precisarem da jurisdição, não eram admitidos como entidades familiares, mas suas sociedades, meramente de fato, eram tratadas como matéria cível comum. Ao partilhar

patrimônio, por exemplo, com a extinção dessas sociedades, o juízo tinha por regra o esforço comum (Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal), em atenção ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

A natural transformação da sociedade mostra, em especial após a Segunda Guerra mundial, uma nova leitura do núcleo familiar (GONÇALVES, 2005). Ponto crucial dessa mudança está, certamente, na emancipação da mulher (VENOSA, 2009), que passa pela conquista de espaço no mercado de trabalho, domínio sobre seu corpo (com a descoberta da pílula anticoncepcional), para chegar à emancipação jurídica.

Em suma, conquista o econômico e, por consequência, ganha voz e vez. Com isso, a família teve sua estrutura patriarcal visivelmente abalada, pois o poder centralizado na figura do pai de família (*pater familias*) passa a se abrir. Era um prenúncio da igualdade jurídica dentro da família nuclear, igualdade que seria a arma letal na demolição sócio-político-cultural da estrutura patriarcalista.

Em atenção a isso o legislador constituinte de 1988 anuncia uma nova família, estruturada na igualdade (GONÇALVES, 2005), em oposição à família-patriarca, marcadamente desigual. O novo modelo anunciado propôs uma família de trajes novos, da cabeça aos pés. Isso repaginou a escola doutrinária que ainda não acompanhava esse afã da sociedade, influenciou decisões judiciais, mas foi o Código Civil, de 2002, que efetivou essa família de roupas novas: além da igualdade entre cônjuges, entre companheiros e entre filhos, a liberação sexual, a juridicização do afeto, a pluralidade da entidade familiar e a função social da família. A essas alturas nada mais restava insepulto do fantasma patriarcal.

Nessa promoção do equilíbrio jurídico, uma das novidades é que a união estável passa à condição de entidade familiar (Art. 226, § 3º, Constituição Federal). Nesse aspecto a roupa nova já aparece antes do novo Código (Art. 1.723 a 1.726, além de dispositivos pulverizados no Código), com as Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que atenderam, inicialmente (hoje revogadas na matéria de família), à regulamentação do texto constitucional.

Desde então, seja casamento, seja união estável, ambos são fonte de família, ambos são suficientemente nobres para que se abriguem sob as asas da proteção estatal. Entretanto, não foram todas as uniões

extramatrimoniais que encontraram essa guarida. Quando o legislador constituinte perguntou que uniões informais havia à margem do direito de família, foi avisado de que havia concubinatos puros e impuros. O § 3º do Art. 226 foi a porta que esse legislador abriu para receber todas aquelas sociedades que vivessem em concubinato puro, ou seja, viviam informalmente por conveniência, por opção, pois não estavam impedidas para o casamento.

Numa metáfora, imaginam-se esses concubinos saltando em festa para o nobre espaço do direito familiarista, estourando champanhe e brindando à juridicização de suas uniões, quando foram alertados de que não mais se chamariam concubinos, mas companheiros, e que, portanto, não estavam mais em concubinato, mas em união estável.

Quanto àquelas uniões que não foram convidadas para essa festa da emancipação jurídica, continuam por lá (Art. 1.727 do Código Civil), à margem do direito de família, hoje chamadas apenas de *concubinato*, sem o adjetivo *impuro*, pois não há outro, uma vez que o puro tornou-se união estável, como já visto.

Essa metamorfose, que faz da lagarta (mera união de fato) borboleta (união estável), percorre um caminho relativamente vagaroso, que tem início na doutrina e em precedentes judiciais (fontes secundárias), assim como, no quase-borboleta, recebe importante ensaio legislativo, com normas cá e acolá, dando a entender que o Estado-legislador se preparava para se posicionar de forma mais compatível com a nova realidade da família brasileira.

Dentre essas normas proféticas, destacam-se: Decreto-Lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944 e Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, sobre acidente do trabalho e de trânsito, prevendo a condição de beneficiária à então concubina; Leis n. 4.297, de 23 de dezembro de 1963 e n. 6.194, de 19 de dezembro de 1974, na seara do direito previdenciário e a Lei n. 6.216, 30 de junho de 1975, que alterou a Lei dos Registro Públicos (Lei n. 6.015, 31 de dezembro de 1973), para que a concubina pudesse acrescentar ao seu o sobrenome do homem.

3 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: HÁ HIERARQUIA?

A união estável, tal qual o casamento, é fonte de família (LÔBO, 2008). Isso não significa, como querem alguns, que são iguais juridicamente. É defensável essa hierarquização, partindo de um princípio básico, qual seja, não podem ser iguais, pois, do contrário, apenas um dos institutos sobreviveria. Porque haveríamos de ter dois institutos idênticos? A própria exigência de que em ciência os termos têm sentido unívoco impediria essa equiparação dos institutos.

Bastante oportuna a explicação de Diniz (2007, p. 377):

A união estável foi reconhecida, para fins de proteção especial do Estado, como entidade familiar [...], sem equipará-la ao casamento. [...]. Isto é assim, porque a família é o gênero de que a entidade familiar é a espécie. Realmente, em sentido estrito a família funda-se no casamento civil [...], e a entidade familiar é a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, independentemente da existência de vínculo conjugal que a tenha originado [...].

Portanto, em que pese haver abalizado posicionamento doutrinário oposto, entende-se que a relação matrimonializada guarda certa precedência sobre o convívio informal. Visto a partir do texto constitucional, observa-se que na mesma norma em que se reconhece a união estável, enquanto entidade familiar, consta que o legislador infraconstitucional deve facilitar sua conversão em casamento. Nota-se, desse preceito, que o Estado, ao mesmo tempo em que reconhece a união informal como suficientemente nobre para merecer a proteção estatal, anuncia sua predileção pelo casamento.

Essa preferência transparece noutros pontos, como no direito sucessório, em que o companheiro, como se vê do Art. 1.845, não é herdeiro necessário (podendo, portanto, ser excluído ao bel prazer do autor da herança) e tem, em regra, quinhão inferior ao que receberia se cônjuge fosse. Isso sem contar que, numa leitura sistêmica do direito pátrio, é clara a prevalência do casamento, o que, em verdade, reflete a expectativa da sociedade, que elege as núpcias como a forma mais confiável de se relacionar em família.

Numa análise teórico-prática, o casamento está em vantagem pela segurança jurídica que oferece, afinal, enquanto este é o negócio

jurídico mais solene do país, com todos seus efeitos projetados na própria lei (a partir da consumação), a união livre é apenas um ato-fato jurídico que poderá vir a configurar uma relação jurídica, e, em se chegando a isso, produzirá seus múltiplos efeitos, mas em intensidade inferior.

4 A PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL

Que a união estável pode ser provada por todas as formas admitidas em direito, certamente não paira dúvida. Seja a prova documental, testemunhal, pericial, enfim, desde que lícita a prova apresentada, será admitida como hábil a demonstrar a realidade da união.

As nuvens surgem no seguinte ponto: João e Maria, em data recente – ontem, há uma semana ou há um mês – estabeleceram um convívio informal, com base no afeto, com a intenção inequívoca de formar uma família. No início dessa experiência esse casal comparece em cartório para registrar uma declaração de que estão em união estável. João e Maria estão realmente em união estável?

Outra hipótese: João e Maria convivem de forma pública, contínua, duradoura e *intuitu familiae*. Um deles, ou ambos, querendo demonstrar seu estado civil familiar, sofre a exigência de prova documental. Essa exigência é legítima, seja feita por entidade privada ou pública?

4.1 O REGISTRO COMO PROVA

O registro público da declaração de convívio não prova, por si só, a existência de união estável, podendo, no máximo, ser empregado na análise do quadro fático resultante da união livre. Esta análise se dá em juízo, onde o referido registro atua não como probante da união de direito, mas como prova do quadro fático, que, eventualmente, poderá ser considerado de natureza jurídica (união estável).

Na hipótese dos recém unidos, esse documento, com maior razão, não espelha, absolutamente, a presença de união estável. Demonstra apenas que há uma sociedade de fato, de forma que se há o rompimento, antes de vir a configurar união estável, essa prova documental terá sua significação restrita à partilha patrimonial e às obrigações, pois prova a união de fato por determinado período.

Para o leigo, essas pessoas que registram o fato de seu convívio, já têm o bastante para alegar união estável. Mas, o que é pior, esse instrumento tem sido considerado hábil a comprovar a entidade familiar naquelas variadas situações em que a pessoa pleiteia os direitos advindos desse estado civil familiar.

Como esse ensaio pretende contribuir, de alguma forma, com todos, técnicos, técnicos em formação e não técnicos, é preciso romper com vagar: porque o registro não leva necessariamente à união estável, ou, porque a declaração pública de convívio não significa a existência de união estável?

Dentre os pressupostos de existência da união estável, está o transcurso do tempo: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, diz o citado Art. 1.723.

Observa-se que o transcurso do tempo é fundamental na consolidação jurídica da entidade familiar informal. Sem a passagem do tempo ela não existe. Essa premissa pode ser colhida no próprio nome do instituto: “é reconhecida como entidade familiar a união estável [...]”. Por isso no início deste estudo a *estabilidade* foi colocada como um dos pressupostos de existência (diferença de sexo, estabilidade, publicidade e *intuitu familiae*).

Como aferir esse pressuposto? Basta debruçar no texto da lei: essa estabilidade deve estar “[...] configurada na convivência pública, contínua e duradoura [...]”. Assim se mede a estabilidade: convívio público prolongado no tempo. Naturalmente não há outra forma de checar a estabilidade, se não for através da inexorável passagem do tempo. Nas palavras de Lôbo (2008, p. 153), “A noção de convivência duradoura é imprescindível, tendo em vista que a união estável é uma relação jurídica derivada de um estado de fato *more uxorio*, que nela tem sua principal referência.”

Por isso mesmo, a norma que primeiro regulamentou o texto constitucional, a Lei n. 8.971/94, previa o prazo mínimo de cinco anos, que, entretanto, podia ser menor se houvesse prole do próprio convívio. Porém, seguiu-se a Lei n. 9.278/96, que abandonou a idéia de prazo

objetivamente fixado, para adotar lapso temporal aberto, a ser verificado, caso a caso, no conjunto das demais abstrações.

Dessarte, dois convívios de mesma idade não serão ambos, necessariamente, reconhecidos como união de direito, pois num deles poderia, por exemplo, ser constatada a falta de publicidade (convívio clandestino, segredado) ou a falta de continuidade (interrupções bruscas periódicas, que negariam o *intuitu familiae* e a própria estabilidade).

O Código em vigor bem fez, portanto, em manter essa mesma linha de exigência, inteiramente banhada pelas luzes da constitucionalidade, onde o legislador valorou outros aspectos como superiores ao lapso temporal objetivo e à objetividade do requisito prole: sobrepõem-se o convívio heterossexual calcado no afeto, com a intenção de constituir família (*intuitu familiae*), valores balizados por dois princípios maiores, o da dignidade da pessoa e o da função social da família.

O registro público da união, portanto, pode corroborar na prova da existência de união estável (jamais ser sinônimo de sua existência!), apenas provar uma união de fato, ou, até mesmo, nada provar, se nos primeiros dias de convívio registram e logo dele desistem, sem nenhuma aquisição de direito ou obrigação nesse período insignificante.

Esse termo registral teria a valia de inaugurar a união de direito, se fosse outra a realidade jurídica brasileira, de forma a admitir o contrato de união estável, como na França, onde há o *pacto civil de solidariedade (PACS)* (LÔBO, 2008). Na sistemática francesa, o contrato consumado equivale à própria existência e validade da união civil informal, pois se trata de ato jurídico. Não aqui, onde ato-fato jurídico transmuda-se, com a passagem do tempo, em relação jurídica. Basta ver que ontologicamente são diversos em suas naturezas.

4.1.1 Fatores determinantes e fatores indicativos

Com inspiração em Diniz (2007), é possível dividir os elementos relacionados à união estável em *fatores determinantes* e *fatores indicativos*. *Determinantes* seriam os pressupostos de existência, aqueles (acima listados) sem os quais (basta a ausência de um) não se estabelece a união de direito, como a heterossexualidade. *Indicativos* seriam dados eventuais que não levam necessariamente a garantir que ela exista, mas, como sugere o nome, são meramente indicativos dessa

possibilidade, tais como celebração religiosa da união (que não pode ser confundida com *casamento religioso com efeitos civis*). Este instituto trata de espécie válida de casamento civil, em que os núbentes, além da celebração no culto, segundo sua fé, cumprem com exigências da lei civil), contrato de convivência, declaração registrada publicamente (eis o valor probante relativo do registro *in casu*), conta bancária conjunta, aquisição de bens em condomínio, contrato de locação para moradia comum, prole comum, aquisição de mobiliário para a serventia comum, endereço comum para correspondência etc.

Ressalta-se, com essa classificação, o limitado alcance do registro na comprovação de união estável: ou seja, registrar a declaração de convívio está longe de significar, ainda que conste expressamente da declaração, o estabelecimento de união de direito; significa, somente, um fator *indicativo*, vale dizer, um meio de prova. Ao lado dos fatores *determinantes*, que são essenciais, o registro é *indicativo*, pois é circunstancial. Além desses fatores indicativos, outras formas probantes são admitidas, naturalmente, como a prova testemunhal, de grande utilidade na comprovação do quesito *publicidade*.

4.2 CONTAGEM DO TEMPO: TERMO A QUO

Há quem afirme que a união estável tem início com o convívio: no mínimo uma verdade perigosa. A união estável não tem início com o convívio; configurada a união estável (que se dará com a passagem do tempo), para identificar seu início olha-se, retroativamente, para identificar seu início olha-se, retroativamente, para o começo do convívio. Aí, sim. O termo inicial da união estável não pode ser identificado no momento de seu nascedouro, que representa apenas uma expectativa de direito. Sua identificação, portanto, será sempre por meio do retrovisor do tempo, pois, como assinala Diniz (2007, p. 355), “A união estável não se estabelece por um ato único, forma-se com o tempo”.

Ilustrando: João e Maria começaram a conviver em 10 de maio de 2008. Naquele dia, ainda que tenham vários fatores determinantes (como diferença de sexo, *intuitu familiae*) e indicativos de união estável (como celebração eclesial, declaração por registro público), o instituto inexistia. Com a passagem do tempo, os tais fatores indicativos serão interessantes corroboradores na determinação do início dessa

união, de forma que, presentes os pressupostos de existência, pode ser declarada a união estável daquele casal, declaração que fará menção retroativa do instituto, firmando o dia do início para todos os efeitos jurídicos.

Daí ser possível afirmar que a declaração de união estável, na atual sistemática, só pode ser feita judicialmente, com efeitos sempre retroativos à data do início do convívio. Por ser um fenômeno fático que se transforma em relação jurídica, portanto, com efeitos jurídicos (dada a regulamentação do § 3º do Art. 226 da Constituição da República), é necessária a declaração judicial da existência dessa relação, nos termos do Art. 4º do Código de Processo Civil, para quem deseja prová-la, assim como o mesmo dispositivo fundamenta a legalidade do pedido de quem deseja a declaração de inexistência dessa relação jurídica.

Dessarte, aproveita-se para repisar o valor relativo e limitado do registro da declaração de convívio, que não se presta, por deficiência ontológica mesma, a demonstrar a existência de união estável.

4.2.1 A questão do prazo

No afã de demonstrar a união estável, há uma questão aflitiva, que é o prazo para a sua configuração, visto que a passagem do tempo é essencial para a consolidação da união de direito.

Como acima assinalado (4.1), o novel legislador preferiu abandonar a fixação objetiva de prazo mínimo, que era de cinco anos (ou menos se houvesse prole), para deixar em aberto esse quesito, a ser verificado em cada caso, considerado o quadro fático.

Em que pese o aspecto saudável dessa abertura, não há como negar que a falta de limites objetivos trazem certo desconforto ao intérprete, o que não descarta a possibilidade de vir a ser firmada uma súmula que atue como indicadora razoável desse parâmetro, uma vez que em leitura da jurisprudência são encontradas decisões bastante díspares para casos análogos: em determinado caso um ano e oito meses foi considerado tempo insuficiente, pois tal união não mereceria o adjetivo *duradoura* (Apelação Cível n. 388.440-PE, TRF5); noutro, que se passou no Amapá, o Tribunal de Justiça entendeu que onze meses era tempo suficiente (Apelação Cível n. 1.370/03); em Santa Catarina foram admitidas como união estável convívios com menos de dois

anos, inclusive um caso em que a morte encerrou uma união de dois meses (Apelação Cível n. 11.628 SC 1997.001162-8).

Na análise do quadro fático, também é verdade que um convívio encerrado com a morte, onde vingavam as juras de amor eterno, mesmo que tenha sido ínfimo, terá maior chance de configurar união estável. Essa extinção involuntária seria ponto favorável à juridicização do convívio (LISBOA, 2009).

Em suma, pode-se afirmar que dois anos seria um prazo razoável na configuração de união estável, lembrando sempre que esse dado é aferido em inteira harmonia com o conjunto fático apresentado. Por outro lado, essa análise depende do livre convencimento do juízo, que poderá conferir juridicidade a uma união que tem menos de ano ou negá-la a um convívio mais longo, de três ou quatro anos.

A norma aberta, como está, promete maior operabilidade, é inegável, mas é certo que aquele que busca os efeitos da união jurídica deve estar preparado para enfrentar essas nuances, esses juízos aparentemente discrepantes, bem compatíveis com a libérrima e informal natureza do instituto. Querendo fugir dessa incerteza típica, só mesmo optando pelo solene negócio jurídico do casamento.

4.3 A IDADE MÍNIMA NA UNIÃO ESTÁVEL PERTENCE AO PLANO DE VALIDADE?

Não se costuma perquirir sobre a exigência de idade mínima para o estabelecimento de união estável. Naturalmente, a exemplo do casamento, é preciso ter limitação etária mínima, pelas mesmas razões que orientam essa limitação no matrimônio, entre elas a biológica, pois dentre os fins da união está a eventual procriação. Importa, também, o critério sociológico, pois a idade tenra, de um ou ambos os pais, não corresponderia, por exemplo, à sobriedade que o do poder familiar exige.

Assim é que, por analogia, a capacidade para a união estável seria a mesma capacidade nupcial, dezesseis anos para ambos os sexos, consoante Art. 1.517 do Código Civil. Esta a regra, excepcionada pelo Art. 1.520 do mesmo diploma, o que permitiria o estabelecimento de união estável com menos idade, em caso, por exemplo, de gravidez. Às vezes é o pai quem não detém a idade ou, até mesmo, ambos, não importa.

Dentro do princípio geral da interpretação restrita das exceções, entenda-se que a falta de idade não pode ser exagerada, ou seja, tempera-se a regra, mas sem negar os critérios norteadores dela. Dessa forma, colacionamos exemplo noticiado na imprensa, de um caso de gravidez aos nove anos de idade, no nordeste do Brasil, situação que não comportaria o benefício da exceção, pois, em verdade, seria prejuízo nos planos individual, social e moral, com total descabimento, encaminhar essa mãe-criança para o estabelecimento de família.

Por outro ângulo, o defeito de idade no casamento gera anulabilidade, mas não na união estável. A idade está implícita nos pressupostos de existência, quando a lei (Art. 1.723) fala do convívio “[...] entre o homem e a mulher [...]”, aí está ínsita a manifestação volitiva pertinente à capacidade de fato ou de exercício. Esta normalmente ocorre com a maioridade, mas dentre as exceções está a capacidade nupcial, que é indicada aqui como sendo, também, a capacidade para a união estável.

A união estável não possui pressupostos de validade como o casamento, por isso a falta de idade não leva à anulação, tal qual o impedimento não gera nulidade absoluta da união estável, mas resultam, numa e noutra hipótese, em sua inexistência. Pressupostos de validade dizem respeito a ato jurídico, categoria a que não pertence a união estável, que tem natureza de ato-fato jurídico, vale dizer, trata-se de um fato que, protraindo no tempo, torna-se em relação jurídica ao sofrer a incidência da norma (MELLO, 1995).

O ato-fato jurídico dispensa a manifestação da vontade (embora exista), onde a relação meramente fática, em seu *apriori*, torna-se jurídica com a incidência normativa. O ato jurídico em sentido amplo é relação jurídica e a vontade está contida no núcleo, como causa e base do fenômeno. Enquanto o ato jurídico se subsume à norma desde o nascedouro, e por isso mesmo é ato jurídico, o ato-fato do convívio *more uxorio*, enriquecido com a passagem do tempo, passa a se subsumir à norma.

4.4 EXIGÊNCIA DA PROVA AOS COMPANHEIROS: É LEGÍTIMA?

Conforme alinhavado inicialmente, a exigência da prova de união estável aos companheiros é algo que merece reflexão. Quando alguém pleiteia um direito que requer a condição jurídica de pessoa casada,

junto com o pleito precisa provar essa condição, o que faz, normalmente, por meio da certidão do registro (Art. 1.543 do Código Civil). Mas, se vive (ou supostamente vive) em união estável?

São duas as possíveis situações: primeira, obteve em juízo a declaração de união estável, vale dizer, o juiz ponderou um quadro fático e encontrou nele os valores (pressupostos de existência) necessários à configuração da relação jurídica, caso em que, sempre que preciso, fará prova do instituto e, portanto, da condição de companheiro, mediante apresentação de certidão dessa sentença. Segunda situação: há o desenvolvimento fático (a sociedade de fato), mas não há a declaração judicial. Considerando que só em juízo, na atual sistemática, é possível proceder àquela ponderação da construção do ato-fato jurídico, não haveria outra forma de produzir a prova de união estável.

A exigência da prova é legítima, constitucional, por conta da segurança jurídica, fundamental à vida em sociedade. Logo, o defeito não está em quem exige prova a quem alega estar em união estável, mas no instituto que, por sua precariedade, está a depender dessa análise judicial.

Cotidianamente tem sido essa a prática? Longe disso. Na prática, corre-se ao primeiro cartório e procede-se àquele registro dantes comentado, onde os interessados declaram estar em união estável, atendendo, com esse artifício, a exigência, quando, em verdade, isso não passa de um fator meramente indicativo de união estável, como visto há pouco.

Eis aí uma prática inconcebível juridicamente, que só aumenta a carência de segurança jurídica, fator inato do instituto. Isso é grave. Em presença de testemunhas, ou sem estas, faz-se a pública declaração, muitas vezes com dados fictícios, para aferição de vantagens. Nesse afã, pessoas recém entrosadas alegam conviver desde outras datas, retroagindo até em anos o expediente ardiloso.

Essa prática, avessa à verdade e ao direito, fragiliza, criando um calcanhar de Aquiles no sistema jurídico, à medida que gera prejuízo potencial, e até efetivo, a terceiros e aos próprios declarantes. Ilustrando: as mesmas pessoas que hoje fazem uma declaração falsa quanto ao termo inicial do convívio, amanhã, no desfazimento da sociedade, poderão sofrer prejuízo patrimonial na partilha do acervo, pois bens que teriam

sido adquiridos antes da união, serão contados como aquestos, assim como obrigações pessoais poderão tornar-se comuns aos declarantes.

4.5 A POSSE DO ESTADO DE CASADOS

A posse do estado de casados é uma maneira excepcional de se provar o matrimônio, aplicável, portanto, a situações em que pessoas casadas não têm como apresentar a certidão do registro (Art. 1.543 do Código Civil).

Em que pesem escoliastas, da envergadura de Lôbo (2008) e de Nogueira da Gama (2008), afirmarem que os companheiros têm a posse do estado de casados, não é a opinião apresentada neste estudo. A sugestão aqui declinada tem base em Rodrigues (2004, p. 71), segundo o qual a posse do estado de casados “é a situação ostensiva de duas pessoas de sexo diverso que vivem como marido e mulher, com o *animus* de assim parecer aos olhos de todos”. Ou seja, para alegar tal condição jurídica, dois são os requisitos: aparência de matrimônio (objetivo) e intencionalidade dessa aparência (subjetivo), ou, simplesmente, aparência e *animus*. Assim, somente quem está casado (ou esteve) pode alegar referida prova, não aqueles em união estável, pois embora sejam vistos como marido e mulher aos olhos da sociedade (elemento objetivo), não têm a intenção dessa aparência (elemento subjetivo), pois optaram por viver em união informal. Se tivessem a intencionalidade de passar por marido e mulher, estariam casados, e não nessa modalidade de convívio.

Portanto, talvez seja mais recomendável dizer que os companheiros podem alegar, na empreitada probatória, que vivem na aparência de casamento (teoria da aparência – requisito objetivo), não na posse do estado de casados, porque nesta nunca estiveram nem estarão enquanto companheiros. “Não há como confundir a união estável com a posse de estado de casado, porque esta é atributo próprio de casal unido pelos laços do matrimônio, cuja comprovação tornou-se difícil” (DINIZ, 2007, p. 362).

A opinião aqui declinada, formada há tempos, fez-se muito mais confortável com a tomada de conhecimento desse ponto da lição de Maria Helena Diniz, ilustrada cartilha de muitos civilistas da atualidade.

4.6 CONTRATO DE CONVIVÊNCIA *VERSUS* PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL

O contrato de convivência está para a união estável tal qual o pacto antenupcial para o matrimônio, ou seja, por ele os conviventes definem o regime de bens a ser adotado. No silêncio, vigora o regime de comunhão parcial, prescreve o Art. 1.725 do Código Civil, fazendo entender que aos companheiros assiste o princípio da livre estipulação do regime.

Há pessoas que fazem aquela declaração pública do convívio (comentada no item 4.1), mas omitem a questão do regime patrimonial. Portanto, também não se confunde a declaração de convívio com o contrato de convivência.

O termo *contrato* aqui não tem o mesmo alcance semântico de *contrato* do direito obrigacional nem transforma a união de fato em união de direito, em ato jurídico, mas é somente o nome do pacto patrimonial entre conviventes. Ademais, não vai além de um fator indicativo de união estável, corroborador, portanto, do quadro probante da nobre união.

4.7 EXTINÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Se a sociedade conjugal, que nasce de um negócio jurídico solene, pode ser desfeita pela separação de fato (que é aquela levada a efeito sem o conhecimento do Estado-Juiz), quanto mais a união estável, cuja marca maior é a informalidade.

Inegável, porém, que os transtornos, no campo da segurança jurídica, serão ainda maiores para aqueles que conviveram informalmente. Ou seja, se a separação de fato é perniciosa para quem deixa a sociedade conjugal, muito mais para quem teve seu convívio lastreado na informalidade.

Haja ou não a separação de fato, aquele que invocar efeitos jurídicos do convívio extinto, terá que fazê-lo em juízo e, havendo a pretensão de união estável, o fará perante o juízo de família, caso em que a mesma ação declaratória da união de direito servirá para declarar a extinção e os efeitos daí advindos.

Se a pretensão deduzida em juízo é de que não houve a configuração de união estável, que seja feita, também, perante o juízo

familiarista, para que declare a inexistência dessa relação jurídica e, cumulativamente, declare os eventuais efeitos emanados da sociedade de fato. “A justificação judicial (CPC, Arts. 861 a 866) seria cabível para a comprovação da união estável”, ensina Diniz (2007, p. 363), que, aliás, discorda da ação declaratória de existência.

A ação pode ser proposta por um ou ambos, a qualquer tempo, pois é imprescritível a ação declaratória (Apelação Cível n. 20040410132793 APC, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios), exatamente por demandar puramente a declaração de existência ou de inexistência da relação jurídica. Portanto, demandável a qualquer tempo, inclusive após o rompimento, ainda que morto o ex-consorte.

É corrente a propositura de ação declaratória de união estável, acumulada com a sua extinção. Ou seja, certamente, resulta do próprio espírito prático dessa gente, que foge às formalidades, demandar somente para ter o reconhecimento da união, deixando para fazê-lo na eventualidade do rompimento, pois aí, a um só tempo, garantem o *status* de companheiros e regularizam o rompimento, com suas consequências.

Com o Provimento n. 63/2011, da Corregedoria de Justiça em Mato Grosso do Sul, surge uma novidade: neste ente da federação, onde vigora o referido Provimento, torna-se possível o reconhecimento e o rompimento da união estável na via extrajudicial, em cartório, desde que presentes certos requisitos. Essa norma sul-mato-grossense nasce da analogia com a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, pelo que daí devem ser retirados os pressupostos para que a união informal seja tratada em sede administrativa, sendo eles: amplo consenso (quanto ao uso do nome, aos eventuais alimentos e à partilha patrimonial), ausência de prole menor ou incapaz, assistência por advogado e lavratura de escritura pública. Essas exigências são cumulativas, ou seja, se faltar qualquer delas, somente a via judicial será competente, excluindo-se o caminho alternativo.

Na primeira publicação deste ensaio, teve-se a oportunidade de sugerir essa possibilidade (como se vê abaixo), que agora se concretiza em Mato Grosso do Sul, é a tendência noutros termos da federação, mas que, espera-se, venha num futuro próximo, por lei federal, tornar realidade em todo o território.

Ademais, que fique registrada a nova e histórica decisão (maio/2011) do Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, assim como da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, em que a heterossexualidade (diferença de sexo) deixa de ser requisito para reconhecimento de união estável, permitindo, portanto, que as uniões homoafetivas, desde que apresentem os demais pressupostos de existência, possam ser reconhecidas como entidades familiares. Dessa forma, à luz da lei, ao menos por enquanto, permanece a heterossexualidade como pressuposto de existência, mas não à luz da jurisprudência. Referida decisão tem força *erga omnes* e efeitos vinculantes (Art. 102, § 2º, da Constituição Federal): ou seja, vale perante todos e obriga, por inteiros, o Poder Judiciário e a Administração Pública a segui-la.

5 SUGESTÃO DE LEGE FERENDA

Parece válido afirmar que a união estável, por sua própria natureza informal, completamente assentada no princípio da autonomia privada, carece da segurança que normalmente a sistemática jurídica reclama. Essa precariedade tem se acentuado sobremaneira, à medida que: as declarações de convívio nem sempre são registradas com a verdade; o simples registro do fato do convívio tem sido suficiente para certificar, junto a instituições públicas e privadas, a condição jurídica de convivente em união estável; e, se até em nível institucional há o equívoco acerca do valor probatório desse registro, com maior razão entre as pessoas, o que é um fato prejudicial aos aspectos da cidadania.

Diante dessa demonstração, resta sugerir que:

- a) o reconhecimento da união estável permaneça, necessariamente, sendo feito em juízo, diferentemente, portanto, da proposta contida no Art. 254 do *Estatuto das Famílias*, projeto apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), onde diz que o reconhecimento da união poderá ser feito por escritura pública, bastando, para tanto, indicar a data do início do convívio e o regime de bens;
- b) também a dissolução da união estável continue sendo operada em juízo, não como propõe o referido projeto (Art. 255), levando-a, também, para a via extrajudicial, por escritura pública; e

- c) dentro da política de otimização da atividade jurisdicional, a exemplo da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, vê-se como viável aplicar ao reconhecimento e à extinção da união estável a via administrativa, mas com os mesmos critérios de atenção trazidos na referida Lei. Desse modo, se a separação e o divórcio, se o inventário e a partilha, institutos de extrema importância para a sociedade brasileira, podem ser tratados fora da jurisdição, desafogando-a, vê-se que há razoabilidade no reconhecimento e extinção administrativos da união estável. Todavia, assim como lá, cá, também, tenha como pressupostos: a ausência de prole ou que esta seja maior e capaz; assistência por advogado e consenso em todos os termos (talvez este último já esteja implícito no texto do projeto).

A preocupação que se coloca aqui é clara: se a declaração cartorial do registro de convívio, hoje confundida, em certo grau, com a própria união estável, é fator que prejudica a ordem jurídica, prejuízo incomparável haveria se aprovada a proposta que faz, exatamente, consagrar o que se quer evitar. Por outro lado, se há aquelas exigências da Lei n. 11.441/07, em especial a presença do advogado para a escrituração pública, seria esta a tábua da salvação, sob pena de, querendo dar vida à união estável, afogá-la nas turvas águas da insegurança jurídica.

Acrescente-se que, seja administrativa ou judicial a via adotada (facultativamente) no reconhecimento e na extinção, ato contínuo (ao reconhecimento ou à extinção), haja a averbação no Registro Civil, a exemplo dos atos contidos no inc. I do Art. 10 do Código Civil (divórcio, anulação de casamento, separação judicial etc).

CONCLUSÃO

Do breve ensaio, colhem-se as seguintes ideias:

- a) há um equívoco, por vezes, inclusive em nível institucional, acerca da configuração da união estável: o simples registro público do convívio *more uxorio* não pode ser tomado como sinônimo dessa união de direito. Serve, no máximo, para corroborar a prova do quadro fático do convívio, que poderá ser judicialmente valorado como merecedor da chancela de relação jurídica;
- b) a passagem do tempo é fundamental para a configuração dessa nova entidade familiar, que no próprio nome traz essa necessidade:

união estável. O início do convívio, enquanto fato fenomênico, não coincide, *a priori*, com o início da união de direito, pois poderá ocorrer que referido convívio nunca chegue a se tornar uma união juridicizada, por falha em sua formação, carecendo, portanto, de um ou mais de seus pressupostos de existência. Para identificar o início da união estável, somente é possível a partir do momento em que todos os seus pressupostos se apresentam, e só então, numa análise retroativa, identifica-se o início dela;

- c) o registro, portanto, não chega, sequer, ao nível de um fator *determinante* da união estável, mas merece a classificação de *indicativo* dela, no sentido de que vale por uma insinuação apenas, tais quais a celebração religiosa, o contrato de convivência, a presença de prole, a locação de imóvel para moradia comum etc.;
- d) tendo por premissa a precariedade do instituto, derivada de sua própria estrutura (fiada na informalidade), que as eventuais reformas normativas, a exemplo da proposta do projeto *Estatuto das Famílias*, mantenham sob a competência jurisdicional a declaração e a extinção dos efeitos da união estável, mas, em abrindo à via administrativa essa competência, que faça exigências mínimas, a exemplo da Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que determina a assistência por advogado, nas separações e divórcios. Ao advogado caberá, no reconhecimento e extinção (em cartório) da união de direito, o importante *munus* que extrapola a representação das partes e o faz garantidor da ordem jurídica, abarcando, a um só tempo, o amplo papel fiscalizador que normalmente repousa nos ombros do juiz e do promotor de justiça;
- e) no leque das provas estão todas as admitidas em direito, mas descartou-se a possibilidade de se provar a união estável sob invocação da posse do estado de casados, pois entende-se que referida posse têm aqueles que se apresentam publicamente como marido e mulher e têm, cumulativamente, a intenção de assim parecer aos olhos da sociedade. Logo, só pode alegar posse do estado de casados quem contraiu casamento, pois quem vive informalmente, ainda que pareçam marido e mulher, nunca quiseram sê-lo, pois do contrário teriam optado pelas núpcias. Tecnicamente é possível alegar que têm a aparência de casados, pois esta é aferida objetivamente, sem exigir o *animus* que completa aquela posse; e

f) a exigência da prova, aos companheiros, de seu estado civil familiar, embora nem mesmo haja previsão legal expressa acerca desse estado, entende-se que é legítima, dada a imperiosa necessidade de se garantir a segurança jurídica. Ocorre que hoje somente em juízo será possível produzir essa prova; quando cotidianamente, por despreparo da sociedade, um simples registro público, de uma declaração de pretensa união estável, é admitido como forma de prova dessa condição jurídica, tem-se a banalização do instituto jurídico e os consequentes efeitos perniciosos dessa operação torta do direito.

REFERÊNCIAS

CASTILHO, Maria Augusta. *Roteiro para elaboração de monografia em ciências jurídicas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). *Direito de Família. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 7, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. *Direito de família e sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed. Atualização por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

PATIÑO, Ana Paula Corrêa. *Direito Civil: direitos de família*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 8.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. Atualização por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. *Direito Civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 7.

